Die rechtliche Natur
des
Eintritts in den Reichsstaatsdienst
bezw. der
Übertragung eines Reichsamtes.

Inaugural-Dissertation
verfaßt und der
Hohen rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der
Kgl. bayer. Julius-Maximilians-Universität Würzburg
zur
Erlangung der rechts- und staatswissenschaftlichen Doktorwürde
vorgelegt von

Paul Hoenig
aus Lingenau in Ostpreußen.

Würzburg
C. J. Becker's Universitäts-Buchdruckerei
1905.

Referent: Prof. Piloty.

Seiner geliebten Mutter

und dem

Andenken seiner verstorbenen Vaters

gewidmet.

Der Verfasser.

Die rechtliche Natur des Eintritts in den Reichsstaatsdienst bezw. der Übertragung eines Reichsamtes.

Bevor wir an die eigentliche Aufgabe herantreten, seien einige Erörterungen über die Begriffe „Staatsdienst“ und „Staatsamt“ und über ihre rechtliche Natur vorausgeschickt, weil darüber in der Litteratur viel Streit herrscht und es von der rechtlichen Natur des Staatsdienstes abhängt, welchem Rechtsgebiete die Behandlung der in der Aufgabe gestellten Frage zuzuweisen ist

Die Aufgabe spricht zwar von Reichsstaatsdienst und Reichsamt, doch gelten hierfür die folgenden Erörterungen in gleicher Weise, da das Deutsche Reich nach der herrschenden Ansicht ein suveräner Staat, mithin der Reichsstaatsdienst ein dem einzelstaatlichen Dienst nebengeordnete Art des „Staatsdienstes überhaupt“ [1]) ist und weil das Reichsrecht ebensowenig wie irgend ein Recht der Bundesstaaten einen allgemein giltigen Begriff von „Staatsdienst“ oder „Staatsamt“ aufgestellt hat,

[1]) Rehm dagegen (Annalen des Deutschen Reichs 1885 S. 66), der im deutschen Reiche keinen suveränen Staat, sondern einen Staatenbund, eine staatsrechtliche Sozietät sieht, hält den Reichsstaatsdienst nur für eine Abort des Staatsdienstes, nur für eine eigentümliche species des genus „Staatsdienst überhaupt“, nicht für eine dem einzelstaatlichen Dienst nebengeordnete Art des „Staatsdienstes überhaupt“ a. a. O. S. 70.

vielmehr die Feststellung dieser Begriffe der Wissenschaft überlassen hat.

Wir können daher diese Begriffe ganz allgemein an der Hand der gesamten neueren deutschen Literatur des Beamtenrechts bestimmen.

Staatsdienst.

Wenn man von dem natürlichen Sinne des Wortes „Staatsdienst“ ausginge, so müßte jede Arbeit, die dem Staate geleistet, „Staatsdienst“, jeder, der dem Staate solche Arbeit leistet, im Staatsdienstverhältnisse stehen, d. h. Staatsdiener sein.

Allein dieser natürliche Sinn entspricht nicht dem juristisch technischen, nicht einmal den Volkssprachgebrauche. Der Soldat, der seiner Militärpflicht genügt, der Schöffe, der Geschworene, der Bauunternehmer, der die Herstellung von Festungswerken gegen eine Pauschsumme übernimmt, sie alle leisten dem Staate Dienste, aber sie stehen nicht im Staatsdienstverhältnis, sind keine Staatsdiener.

Es gilt nun die Merkmale zu finden, welche den dem Staate geleisteten Dienst zum „Staatsdienste“, denjenigen, der die Dienste leistet, zum Staatsdiener im technischen Sinne stempeln, d. h. wir haben die rechtliche Natur des Staatsdienstes darstellen.

Über den rechtlichen Charakter des Staatsdienstes haben die Meinungen im Laufe der Geschichte sehr gewechselt. Bis zum Ende des 18. Jahrhunderts wurde das Staatsdienstverhältnis allgemein als ein Privatverhältnis zwischen dem Fürsten und dem Diener aufgefaßt. Erst Gönner trat dieser privatrechtlichen Auffassung in seinem klassischen Werke „der Staatsdienst im Königreiche Bayern“ (Landshut 1808) energisch entgegen. Er geht

von der Natur des Staates aus, den er in Gegensatze zu der Rausseau'schen Lehre nicht als durch Vertrag entstanden ansieht, sondern als einen im Laufe der Geschichte gewordenen Organismus betrachtet. Er[1]) vergleicht ihn mit einem Körper: Wie dieser von seinen Organen die nötigen Dienste zu seiner Existenz verlange und verlangen könne, so könne auch der Staat von seinen Untertanen die Dienste verlangen, die zu seiner Existenz und zur Erfüllung seiner Zwecke nötig seien. Die Pflicht, diese Dienste zu leisten, beruhte auf der allgemeinen Untertanenpflicht, das Recht, sie zu verlangen, gebe dem Staate seine Gewalt. Die Staatsdienste seien Staatsverbindlichkeiten wie die Steuern, „daher gehörten sie zum öffentlichen Rechte und müßten nach der Natur des Staates aus sich selbst ohne Einmischung privatrechtlicher Normen beurteilt werden".

Seit Gönner[2]) wurde an dem öffentlichrechtlichen Charakter des Staatsdienstverhältnisses festgehalten. In neuester Zeit hat besonders Laband[3]) zur näheren Charakterisierung desselben beigetragen, er bezeichnet es als ein Gewaltverhältnis öffentlich rechtlicher Natur zwischen Staat bezw. dem Monarchen und dem Staatsdiener ähnlich dem zwischen Lehnsherrn und Lehnsmann, nur daß letzteres privatrechtlicher Natur sei.

Diese Ansicht, daß das Staatsdienstverhältnis ein Gewaltverhältnis sei, ist allgemein in der Literatur angenommen, nur streitet man darüber, ob es rein öffentlichrechtlich oder öffentlichrechtlich-privatrechtlich gemischt sei.

---

1) Gönner a. a. O. S. 54.
2) Gönner, a. a. O. S. 143.
3) Laband, Staatsrecht (1901) I, S. 405 und 6.

Rehm[1]) hält das letztere für richtig, soweit mit dem Staatsdienstverhältnis Vermögensrechte verbunden sind.

Die Beurteilung dieser Frage richtet sich nach der Abgrenzung des öffentlichen Rechtes vom privaten. Wie dies zu geschehen hat, ist eine alte Streitfrage. Rehm läßt hierbei, was auch wir für das richtigste halten, den Zweck des Rechtes das ausschlaggebende Kriterium sein und erklärt etwa als dem öffentlichen Rechte angehörige Normen diejenigen, durch welche zunächst das Bedürfnis der Gesamtheit anerkannt und geschützt werden soll, also deren Zweck Schutz öffentlicher Interessen, als privatrechtliche diejenigen, durch welche in erster Linie das Bedürfnis des Einzelnen anerkannt und geschützt wird, deren Zweck also Schutz von Privatinteressen ist.

Bei der Anwendung dieses Unterscheidungsmerkmals auf etwaige Besoldungsansprüche des Staatsdieners kommt er zu dem Resultate, daß diese Ansprüche zunächst im Interesse des Dieners gegeben, also deren Zweck in erster Linie Anerkennung und Schutz von Privatinteressen sei. Es müsse daher insoweit das Staatsdienstverhältnis privatrechtlicher Natur sein.

Wir sind nicht dieser Ansicht. Der Staat will nicht in erster Linie Versorgungsanstalt des Dieners sein, vielmehr will er zunächst seine eigenen Interessen fördern, er gewährt den Gehalt, um den Diener im Interesse des Staatsdienstes möglichst unabhängig zu machen und um die Autorität der Staatsgewalt zu fördern, dadurch, daß er dem Diener durch den Gehalt die Möglichkeit gewährt ein standesgemäßes Leben zuführen.

---

[1]) Rehm „Die rechtliche Natur des Staatsdienstes nach deutschem Staatsrecht". Annalen des Deutschen Reiches 1885. S. 89 fg.

Das Primäre ist also bei den dem Staatsdiener gewährten Vermögensrechten nicht das Interesse des Dieners, sondern das Interesse des Staates, und deshalb sind auch sie öffentlichrechtlicher Natur.

Das Staatsdienstverhältnis ist demnach nicht ein öffentlichrechtlich-privatrechtlich gemischtes, sondern es ist ein Gewaltverhältnis[1]) rein öffentlicher Natur und muß nach rein öffentlichrechtlichen Gesichtspunkten beurteilt werden.

Dies Gewaltverhältnis ist aber nicht jenes allgemeine, in dem alle Untertanen zum Staate stehen, sondern es ist ein besonderes Gewaltverhältnis zwischen dem Monarchen und dem Staatsdiener.

Worin besteht nun das Wesen dieses besonderen Gewaltverhältnisses?

Es steht zunächst im Gegensatze zum obligatorischen Förderungsverhältnis. Bei diesen stehen die Kontrahenten sich als Gleichberechtigte gegenüber, die Leistungen sind bestimmt begrenzte, das Mittel der Geltendmachnng der aus diesem Verhältnisse entspringenden Forderungen ist die Klage.

Dagegen ist es gerade das Charakteristische des Gewaltverhältnisses, daß die Dienstpflicht des Staatsdieners eine unbestimmte, ungemessene, „die ganze Persönlichkeit erfassende“ ist;[2]) es gibt schlechterdings keinen Normalarbeitstag für den Staatsdiener.

Ferner ist dadurch eine Unterordnung des Willens des Gewaltunterworfenen unter den des Gewalthabers, eine Gehorsamspflicht bedingt. Der äußere Ausdruck dieses

---

[1]) Vgl. auch Laband, Staatsrecht (1901) I, S. 482 und Zorn, Staatsrecht (1895) I, S. 323. Anm. 106.

[2]) Vgl. Laband a. a. O. S. 414.

Verhältnisses ist der Befehl. An Stelle der Klage tritt die Disziplinarstrafe.

Meistens wird noch als dritte Pflicht die Treuepflicht angeführt, doch ist die Treue keine Rechtspflicht, sondern eine Gewissenspflicht,[1]) sie gilt dem Monarchen persönlich, während die Dienste dem Staate geleistet werden.

Die Dienst- und Gehorsamspflicht des Staatsdieners ist nun aber keine absolute. Zweck des Staatsdienstes ist die Führung eines Amtes, und nach diesem bestimmt sich auch die Dienst- und Gehorsamspflicht, d. h. der Staatsdiener ist nur insoweit zum Gehorsam verpflichtet, als die Befehle seiner Vorgesetzten sich auf die Amtsführung beziehen, und ebenso wird seine Dienstpflicht durch den Kreis seiner Amtsgeschäfte bestimmt, er ist nicht etwa verpflichtet, Privataufträge seiner Vorgesetzten auszuführen.

Wenn vielfach von einem Rechte des Dieners auf Schutz, als gewissermaßen einer Gegenwirkung des Gewaltverhältnisses gesprochen wird, so sind wir mit Otto Mayer der Ansicht, daß man hier nicht von einem Rechte des Dieners sprechen dürfe, der Staat trifft diese Maßregel nur im Interesse des Dienstes, nicht aber im persönlichen Interesse des Dieners. Dies geht schon daraus hervor, daß der Staat ihn nur bei Ausübung seines Amtes schützt (vgl. Str. G. B. §§ 113, 114, 116) und daß ihm anderseits dieser Schutz sogar gegen seinen Willen zuteil werden kann. (Vgl. Str. G. B. § 196.) [2])

Für den Begriff des Staatsdienstes bezw. für die Staatsdienereigenschaft im juristisch technischen Sinne ist

---

[1]) Vgl. Rehm, Annalen 1885 S. 86 und Otto Mayer. „Zur Lehre von öffentlichrechtlichen Vertrage“ im Archiv für öffentl. Recht III. S 54 und Anm. 80.

[2]) Vgl. O. Mayer, a. a. O. S. 65 u. Anm. 95.

nun in dem Moment des Gewaltverhältnisses, wie wir es eben charakterisiert haben, ein wesentliches Merkmal gefunden, über das, wie gesagt, heute in der Literatur Einigkeit herrscht.

Ein zweites wesentliches Merkmal möchten wir darin erblicken, daß der Staatsdiener dauernd mit der Führung eines Amtes [1]) betraut sei.

Für uns folgt also daraus

1. daß Staatsdiener und Staatsbeamter identische Begriffe sind,
2. daß das Beamtenverhältnis, wenn auch nicht notwendig lebenslänglich, so doch von längerer Dauer sein muß.

Dies Moment ist jedoch in der Litteratur sehr bestritten. Rehm [2]) und ihm folgend Laband protestieren energisch dagegen, besonders letzterer weist nachdrücklich darauf hin, daß man Amtsführung und Dienstverhältnis begrifflich auseinander halten müsse, die Amtsführung sei zwar Zweck des Staatsdienstes, aber für dessen Begriff nicht wesentlich. Ja er behauptet sogar, daß die Vermengung von Amtsführung und Dienstverhältnis die eigentliche Quelle der meisten Unklarheiten bei der Behandlung des Beamtenrechts sei.

Desgleichen verwirft Laband [3]) das Erfordernis einer längeren Dauer des Staatsdienstverhältnisses, indem er erklärt, es gebe Beamte, die auf Probe, Kündigung oder Widerruf angestellt und solche, die für ein seiner

---

[1]) Jedoch ist nicht erforderlich, daß dies ein bestimmtes Amt sei, eine Versetzung ist natürlich ohne Einfluß.

[2]) Rehm, Annalen 1885, S. 160 f. — Laband, a. a. O. S. 413.

[3]) Laband a. a. O., S. 407, Anm. 1.

Natur nach vorübergehendes Geschäft angenommen seien.

Dennoch glauben wir an dem fraglichen Moment festhalten zu müssen.

Zuzugeben ist, daß auf manche Personen, die zeitweilig kein Amt führen, kraft positiver Gesetzesvorschrift das Beamtenrecht oder ein Teil desselben Anwendung findet, wie z. B. bei den zur Disposition gestellten, aber diese Ausnahme berechtigt unseres Erachtens noch nicht, Amtsführung und Staatsdienst begrifflich zu trennen. „Es gibt keinen Eintritt in den Staatsdienst schlechthin",[1] vielmehr darf die Anstellung, um mit Laband's eigenen Worten zu reden, immer nur zu dem Zwecke erfolgen, daß der Beamte ein öffentliches Amt bekleide. Die Amtsführung ist also so innig mit dem Staatsdienste verknüpft, daß man sie wohl als ein wesentliches Merkmal desselben betrachten darf.[2])

Gegenüber dem Einwand Laband's, daß es Beamte gebe, die auf Probe, Kündigung oder Widerruf angestellt seien, haben wir zunächst festzustellen, daß wir, wie schon oben hervorgehoben, unter „dauernd" nicht notwendig „lebenslänglich" verstehen, die angeführten Personen halten demnach auch wir für Beamte.

Dagegen erkennen wir solche nicht als Beamte an, welche für „ein seiner Natur nach vorübergehendes Geschäft angenommen sind". Sie werden zwar vom

---

[1]) Vgl. O. Mayer a. a. O., S. 66.

[2]) Doch möchten wir gleich hier hervorheben, daß die Begriffe Beamter und Amt sich keineswegs decken, letzterer Begriff ist ein weiterer; nicht jeder, der ein Amt führt, ist Beamter, es gehört eben zu dem Begriffe des Beamten, daß er dauernd mit der Führung eines Amtes betraut sei. — Anderer Meinung ist Rehm, der jeden, der ein Amt führt, Beamten nennt, also auch den Schöffen und Geschworenen.

Reichsbeamtengesetze, auf das sich Laband beruft, in gewissen Beziehungen als Beamte behandelt, aber sie sind keine Beamte.[1]) Dies kommt auch im Gesetze zum Ausdruck, indem es in § 38 auf diese nicht wie auf die in § 36 genannten den Ausdruck „angestellt“ anwendet sondern „angenommen“. Auch die Motive des Reichsbeamtengesetzes bezeugen, daß man die auf Kündigung oder Widerruf angestellten Beamten in Gegensatz zu den nur zu vorübergehender Beschäftigung angenommenen Personen stellen wollte, indem sie von den letzteren sagen, daß diese anders als die Erstgenannten „mehr in einem Lohn- und Gesindeverhältnis ständen“.[2]) .

Wir glauben daher, auch an diesem Erfordernis festhalten zu müssen.

Mithin haben wir für den Begriff des Staatsdienstes bezw. für die Staatsdienereigenschaft als wesentliche Momente festgestellt:

1. Ein Gewaltverhältnis zwischen dem Monarchen und dem Staatsdiener
2. die dauernde Übertragung eines Amtes.[3])

Nicht dagegen halten wir für wesentlich, daß der Staatsdiener freiwillig in den Dienst eintritt, ein Moment,

---

[1]) Vgl. Zorn a. a. O., S. 296, Anm. 24.

[2]) Vgl. Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Deutschen Reichstages. 1872. Bd. III, S. 72.

[3]) Übrigens wird das Erfordernis der dauernden Übertragung eines Amtes von einer Reihe von Schriftstellern aufgestellt. Vgl. Zorn a. a. O. S. 296, dem wir uns hierin vollständig anschließen. Ferner v. Gerber „Grundzüge des Staatsrechts“ S. 107. „Als Staatsdiener . . . werden nur solche Personen betrachtet, welche vom Monarchen zu dauernder Ausübung der in einem bestimmten Staatsamte regulierten Tätigkeit berufen sind.“ Außerdem Schulze, Staatsrecht (1881) I, S. 317 u. a.

aus dem gerade Laband und Rehm so weitgehende Schlüsse ziehen.

Richtig ist, daß regelmäßig der Eintritt in den Staatsdienst freiwillig erfolgt. Doch giebt es viele Elemente der Selbstverwaltnng, welche Staatsdiener im technischen Sinne sind, die aber zur Amtsführung kraft Gesetzes verpflichtet sind. Ich erinnere auch an den preußischen Amtsvorsteher.

Der Staat würde auch ohne Zweifel die Möglichkeit haben, durch Gesetz die Verpflichtung zum Eintritt in den Staatsdienst allgemein einzuführen, wenn sich Mangel an Kandidaten einstellte.

Ebenso kommt es auf Besoldung nicht an, auch unbesoldete Personen können Beamte sein, z. B. die Honorarprofessoren, die Wahlkonsuln, die im auswärtigen Dienste unentgeltlich beschäftigten Attachés usw.

Ist unsere Begriffsbestimmung richtig, so ergiebt sich, daß nicht Staatsdiener sind alle diejenigen, welche in einem privatrechtlichen Verhältnisse zum Staate stehen, das nach den Regeln der Dienstmiete oder des Werkvertrages zu benrteilen ist, wie der oben genannte Bauunternehmer, selbst dann nicht, wenn diesen Personen die Ausführung staatlicher Geschäfte übertragen sein sollte. Denn das unterscheidende Merkmal ist „nicht die Art der Dienste, sondern die Art des rechtlichen Verhältnisses zum Staate“, also das Gewaltverhältnis ist das ausschlaggebende Moment.

Desgleichen gehören nicht zu den Staatsdienern die Soldaten, die ihrer Militärpflicht genügen, denn sie führen kein Amt, ebensowenig Schöffen und Geschworene, denn sie üben ihr Amt nur vorübergehend aus.

Staatsamt.

Nachdem wir so den Begriff des Staatsdienstes bezw. Staatsdieners festgestellt haben, bleibt noch übrig, den Begriff des Staatsamtes zu erörtern.

Zum Zwecke der Durchführung der mannigfachen Aufgaben des Staates hat man die Staatsgeschäfte sachlich und örtlich in bestimmte Kreise zerlegt, welche man Ämter nennt. Zum Begriffe des Staatsamtes ist nicht erforderlich, daß die Geschäfte besonderer Art sind, etwa mit der Fällung von Entscheidungen verbunden sein müssen, es können auch vorwiegend oder ausschließlich wissenschaftliche, technische oder selbst körperliche Dienstleistungen den Gegenstand des Amtes bilden. Daher können selbst Boten, Pförtner, Heizer in den staatlichen Dienstgebäuden Beamte sein, wenn die oben angeführten Voraussetzungen für die Staatsdienereigenschaft vorliegen. Doch sind wir trotz der scharfen Polemik Laband's [1]) gegen Zorn mit diesem der Ansicht, daß die Amtsgeschäfte „begrifflich immer obrigkeitliche" sind, daß mit dem Amte dem Staatsdiener immer ein Ausschnitt der Staatsgewalt verliehen wird, und daß ein Widerstand, den man auch selbst dem niedrigsten Beamten bei Ausübung seiner Funktion leistet, stets ein Widerstand gegen die Staatsgewalt ist (vgl. Str. G. B. § 113).

Man kann demnach definieren:

Staatsamt ist ein Kreis von staatlichen Geschäften, mit welchen ein Ausschnitt der Staatsgewalt verbunden ist.

---

[1]) Laband a. a. O., S. 407 u. Anm. 2. — Zorn a. a. O., S. 294 u. Anm. 21.

Mit diesen Erörterungen haben wir die Vorfragen erledigt, wir haben die Begriffe „Staatsdienst" und im Zusammenhange damit den Begriff „Staatsdiener" oder „Staatsbeamter" dargestellt. Ferner haben wir darauf hingewiesen, daß das Staatsdienstverhältnis rein öffentlich rechtlicher Natur und deshalb nach öffentlich rechtlichen Gesichtspunkten und zwar, da der Staatsdienst zum Zwecke der Förderung von Staatsaufgaben eingeführt ist, nach staatsrechtlichen beurteilt werden muß. Wir kommen jetzt zu unserer eigentlichen Aufgabe, zur Feststellung der rechtlichen Natur des Eintritts in den Staatsdienst bezw. der Übertragung eines Reichsamtes, d. h. wir haben nunmehr den Begründungsakt des Reichsstaatsdienstverhältnisses, gewöhnlich Anstellung genannt, rechtlich zu charakterisieren. Selbstverständlich ist auch dieser Begründungsakt nach staatsrechtlichen Gesichtspunkten zu beurteilen. weil er auf Begründung des Staatsdienstes, durch welchen staatliche Interessen und Aufgaben gefördert werden sollen, gerichtet ist, und weil gerade durch den Zweck eines Rechtsgeschäftes dessen rechtliche Natur bestimmt wird.[1])

Auch die Entscheidung über die Frage nach der rechtlichen Natur der Anstellung ist nicht so sehr Sache des positiven Rechtes als Sache der Wissenschaft, und wir halten es daher für gerechtfertigt, die Frage zunächst nach allgemeinen theoretischen Gesichtspunkten zu behandeln und dann den Beweis für unsere Ansicht aus dem positiven Rechte zu erbringen, dessen Quelle das Gesetz, betreffend die Rechtsverhältnisse der Reichsbeamten, vom 31. März 1873, bildet.

---

[1]) Vgl. auch Laband a. a. O., S. 414.

Prüfung der rechtlichen Natur der Anstellung nach allgemeinen theoretischen Gesichtspunkten.

Die Auffassung der rechtlichen Natur der Anstellung ist ebenso wie die Auffassung des Staatsdienstverhältnisses überhaupt im Lauf der Geschichte sehr verschieden gewesen.

Bis Ende des 18. Jahrhunderts war man entsprechend der Ansicht, daß das Staatsdienstverhältnis ein rein privates Verhältnis zwischen Fürsten und Diener sei, darüber einig, auch den Begründungsakt nach privatrechtlichen Normen beurteilen zu müssen, man stritt nur darüber, ob precarium, locatio conductio operarum, Mandat oder Innominatkontrakt nach der Formel: „do ut facias" vorliege. Schließlich nahm man einen besonderen Staatsdienstvertrag an.

Gegen die privatrechtliche Auffassung des Staatsdienstes kämpfte, wie früher dargelegt, zuerst Gönner[1]) an und gleichzeitig bestritt er auch, daß dieser auf einem zivilrechtlichen Vertrage oder überhaupt auf einem Vertrage beruhe. Er erklärte, daß der Staatsdienst durch die allgemeine Unterthanenpflicht begründet sei, er sei eine Staatsverbindlichkeit wie die Steuerpflicht. „Deshalb könne man auch in der Übernahme eines aufgetragenen

[1]) Gönner a. a. O., S. 85.

Amtes keinen Vertrag aufstellen, obgleich der Wille des Regenten, welcher das Amt übertrage, urd der Wille des Unterthanen, der es annehme, übereinstimmten. Der Grund liege darin, daß es auf den Willen des Unterthanen garnicht ankomme, sondern blos der als Gebot erklärte Wille des Regenten als Auftrag, nicht als Versprechen das ganze Geschäft der Übertragung eines Staatsamtes nach seinen rechtlichen Bestandteilen vollende, folglich die einseitige Willenserklärung des Regenten verbindlich wirke, welche die rechtliche Möglichkeit eines Vertrages ausschließe."

Also die Verpflichtung zum Eintritt in den Staatsdienst solle auf der allgemeinen Untertanenpflicht beruhen, und begründet werde das Staatsdienstverhältnis nicht durch Vertrag, sondern durch einseitigen Staatsakt, durch den „als Gebot erklärten Willen des Regenten".

Diese Lehre wurde in allen ihren Prinzipien von Perthes[1]) in seiner berühmten Monographie, „Der Staatsdienst in Preußen" (1838) aufgenommen und weitergebildet. Auch von ihm wurde daran festgehalten, daß die Anstellung durch einseitigen Willensakt des Staatsoberhauptes begründet werde, und so fand diese Auffassung im 19. Jahrhundert bei den Staatsrechtslehrern allgemeine Anerkennung, wenn man auch nicht immer den Grund für die Verpflichtung zum Staatsdienste in der allgemeinen Untertanenpflicht erblickte.

Erst in neuester Zeit ist sie von Laband bekämpft worden, er ist zur Vertragstheorie zurückgekehrt, nur hält er von seinem früher gezeichneten Standpunkte aus, daß das Staatsdienstverhältnis öffentlich rechtlicher Natur sei,

[1]) Perthes a. a. O., S. 52 f.

seinen Vertrag nicht für einen zivilrechtlichen, sondern für einen öffentlichrechtlichen.[1] Ihm ist dann Rehm in seiner schon erwähnten Monographie „Die rechtliche Natur des Staatsdienstes nach deutschem Staatsrecht" gefolgt, worin dieser in sehr eingehender und scharfsinniger Weise die Vertragstheorie zu begründen sucht. Nur insoweit weicht er von Laband ab, als er entsprechend seiner Auffassung von der öffentlichrechtlichen-privatrechtlich gemischten Natur des Staatsdienstes, sofern mit ihm Vermögensrechte verbunden sind, auch einen öffentlichrechtlich-privatrechtlich gemischten Vertrag annimmt.

Trotzdem glauben wir mit der wohl immer noch herrschenden Meinung daran festhalten zu dürfen, daß die Anstellung ein einseitiger Akt der Staatsgewalt sei.

Außer Laband und Rehm haben noch andere Staatsrechtslehrer z. B. v. Stengel, Gareis, Löning u. a. die Vertragstheorie angenommen, doch können die Erstgenannten als die Hauptvertreter derselben gelten, und wir werden daher den folgenden Ausführungen hauptsächlich ihre Lehre zugrunde legen.

Rehm[2]) begründet die Vertragstheorie folgendermaßen: Es sei Rechtsgrundsatz des modernen Staatsrechts, daß der Staat als Verwaltung (anders natürlich als Gesetzgeber) wie jeder Einzelne hindernd in die Lebenssphäre eines anderen, also insbesondere des Untertanen, nur dann wider dessen Willen eingreifen dürfe, wenn er kraft Gesetzes dazu ermächtigt sei. Wolle die Verwaltung einen Untertanen einseitig rechtswirksam verpflichten, so könne sie das nur, wenn die konkrete An-

---

[1]) Laband a. a. O., S. 414.

[2]) Rehm, Annalen 1885. S. 116.

ordnung, die Verfügung, nichts anderes als die Ausübung einer ihr abstrakt durch das Gesetz gegebenen Befugnis sei. Nun gebe es aber keinen gesetzlichen Zwang in den Staatsdienst einzutreten, vielmehr sei die Handlungsfreiheit des Individuums durch die Verfassungsgesetze und nach modernen staatsrechtlichen Grundsätzen gewährleistet. Stelle also der Staat (als Verwaltung) an eine Person das Verlangen, im öffentlichen Interesse etwas zu tun oder zu lassen, und diese Person komme dem Verlangen nach, ohne durch einen Rechtssatz zu dieser Handlung verpflichtet zu sein, so habe sie aber aus freier Willensbestimmung der Aufforderung Folge geleistet. Der Wille des Auffordernden und der Wille des dieser Aufforderung Folgeleistenden stimmten also überein, mithin liege Vertrag vor, und zwar ein öffentlich rechtlicher, weil die rechtliche Wirkung der Willenseinigung zunächst der Erreichung des öffentlichen Interesses diene.[1])

Ein einseitiger Staatsakt könne die Anstellung schon deswegen nicht sein (S. 186),[2]) weil es keinen Rechtssatz gebe, der die einseitige Willenserklärung der Anstellungsbehörde mit der Kraft ausstatte, einseitig das Staatsdienstverhältnis zu begründen.

Rehm betont hier wie auch an anderen Stellen seiner Monographie zunächst, daß die Verwaltung einen Untertanen einseitig rechtswirksam nur verpflichten könne, wenn sie durch ein besonderes Gesetz dazu ermächtigt sei, und

[1]) Es ist natürlich, daß auch Rehm hier von einem rein öffentlich rechtlichen Vertrage spricht, da mit dem Staatsdienstverhältnis nicht notwendig Vermögensrechte verbunden zu sein brauchen, denn nur in Bezug auf diese betrachtet er es als privatrechtlich.

[2]) Rehm, Annalen 1885. S. 186.

gelangt zu der Ansicht, daß die Anstellungsbehörde die Anstellung, da ein solcher Rechtssatz nicht vorhanden, einseitig überhaupt nicht vornehmen könne, also selbst dann nicht, wenn der Wille des Untertanen der Verpflichtung nicht entgegenstünde.

Diesen Punkt möchten wir zuerst erörtern, er bildet gewissermaßen den Kern der ganzen Streitfrage, es handelt sich unseres Erachtens nicht so sehr darum, ob die Anstellung als Vertrag oder einseitiger Staatsakt zu betrachten, vielmehr darum, ob überhaupt die Anstellungsbehörde befugt ist, einseitig die Anstellung vorzunehmen. Je nachdem man diese Frage verneint oder bejaht, ist auch die prinzipielle Stellung zur Vertragstheorie oder zur Theorie des einseitigen Staatsaktes gegeben. Denn wenn man der Anstellungsbehörde die Möglichkeit bestreitet, die Anstellung einseitig vorzunehmen, bleibt nur die Annahme eines Vertrages übrig.

Die Beurteilung dieser Frage hängt von der Auffassung ab, die man von der Staatsgewalt im allgemeinen hat. Die moderne Auffassung geht nun dahin, daß der Staat auf dem Gebiete des öffentlichen Rechtes schlechthin alles kann, daß sein Wille einseitig bindend sei auch auf dem Gebiete der Verwaltung.

Die Staatsgewalt ist heute nicht wie früher, ein Kreis von Hoheitsrechten, von einzelnen Befugnissen, sondern sie ist das allgemeine Recht des Staates „der höhere, maßgebende Wille zu sein". Den Beweis hierfür erbringt Otto Mayer in seiner ausgezeichneten, schon wiederholt angeführten Schrift: „Zur Lehre vom öffentlich rechtlichen Vertrage."[1]) Wir wollen hier nur wenige von ihm zu-

---

[1]) Archiv für öffentliches Recht. Bd. III S. 30 f.

sammengestellte Zitate wiedergeben. F. F. Mayer[1]) bringt diese Auffassung folgendermaßen zum Ausdruck:

„Als Rechtssubjekt kann der Staat auch in seinen öffentlichen Verhältnissen, im Verwaltungsrecht aufgefaßt werden, aber sein Recht ist hier . . . ein höheres, das Einzelrecht bestimmendes, er handelt vi potestatis über die Einzelnen."

In ähnlicher Weise drückt sich Sarwey[2], aus:

„Der Wille der Organe der Staatsgewalt d. h. des Einzelnen, der mit der Kraft und der Vollmacht des Volkswillens ausgerüstet ist, hat gegenüber dem Einzelnen und ihrer Rechts- und Interessensphäre im Grundsatze Anspruch auf unbedingte Geltung."

Nach Zorn[3]) wird „auf dem Gebiete des öffentlichen Rechtes der Staat seinen Untertanen gegenüber immer nur gesetzlich d. i. übergeordnet tätig".

Otto Mayer knüpft an diese Aussprüche, die sich, wie die späteren Ausführungen zeigen werden, leicht vermehren lassen, die Bemerkung: „Was gemeint ist, ist überall das nämliche. Es ist nichts anderes als das, was wir im Zivilgesetz und im Zivilurteil wirken sehen und was wir dort die bindende Kraft der staatlichen Willensäußerung nennen, nur verallgemeinert und umgewandelt auf die vielerlei Gestalten und Richtungen der Staatstätigkeit in der Verwaltung."

Dieser Auffassung möchten auch wir beistimmen, auch wir sind der Ansicht, daß der Wille des Staates auf

---

[1]) F. F. Mayer „Grundsätze des Verwaltungsrechts" S. 15 Anm. 1.

[2]) Sarwey „Das öffentliche Recht und die Verwaltungsrechtspflege". S. 61.

[3]) Zorn, Staatsrecht, S. 399.

dem Gebiete des öffentlichen Rechtes wegen seiner souveränen Machtvollkommenheit immer bindend wirkt, nicht nur wenn er als Gesetzgeber, sondern auch wenn er in seiner Eigenschaft als Regierung auftritt. Zwar hat er sich auf dem Gebiete der Verwaltung selber gewisse Schranken gezogen, die er nicht überschreiten will, aber innerhalb dieser Schranken schafft er sich nach eigenem Ermessen Recht. „Die Verwaltung ist keine bloße Ausführung der Gesetze, sondern sie ist ein Handeln innerhalb der Gesetze.[1]) Sie braucht zwar einen Rechtssatz, welcher sie für einen Kreis von Staatsgeschäften für zuständig erklärt,[2]) damit sie überhaupt in Tätigkeit treten kann (und dieser ist für die Anstellung in jenem Verfassungsrechtssatze gegeben, welcher dem Kaiser die Vollmacht zur Beamtenernennung erteilt), aber sie braucht nicht für jede konkrete Anordnung einen besonderen Rechtssatz, welcher bestimmt, daß ihre einseitige Erklärung bindend wirke, das ist auf dem Gebiete des öffentlichen Rechtes immer der Fall.[3])

Innerhalb ihrer Zuständigkeit kann also die Verwaltung Willensäußerungen mit einseitig bindender Kraft abgeben, ohne im konkreten Falle durch einen besonderen Rechtssatz ermächtigt zu sein, weil „eben jede innerhalb der selbstgesetzten Schranken vorgenommene Tat rechtskräftig ist."

Wir kommen demnach zu dem Schluß, daß die rechtliche Möglichkeit, die Anstellung einseitig vorzunehmen,

---

[1]) Georg Meyer, Staatsrecht (1 99) S. 583.

[2]) — —, Staatsrecht (1899) S. 584, Anm 2.

[3]) Anders ist es auf zivilrechtlichem Gebiete, hier ist eine einseitige Erklärung nur bindend, wenn ein Rechtssatz hinzukommt, der ihn für bindend erklärt.

für die Anstellungsbehörde sehr wohl gegeben ist.[1]) Freilich, es soll dem keine gesetzliche Schranke entgegenstehen. Ob eine solche vorliegt, und welche rechtliche Bedeutung diese eventuell hat, das ist die zweite Frage, der wir uns jetzt zuwenden.

Es ist Rehm ohne weiteres zuzugeben, daß durch die Verfassungsgesetze und nach modernen staatsrechtlichen Grundsätzen die Handlungsfreiheit des Individuums grundsätzlich gewährleistet ist und daß deshalb die Verwaltung regelmäßig nicht Zwang anwenden soll. Die Zustimmung des Kandidaten ist daher regelmäßig zur Anstellung erforderlich, und es ist nicht richtig, wenn Gönner behauptet, die Staatsdienstpflicht beruhe auf der allgemeinen Untertanenpflicht. Anderseits ist aber die Zustimmung auch nur regelmäßig und nicht, wie Rehm und Laband annehmen, immer erforderlich. Wir haben früher schon darauf hingewiesen, daß es viele Elemente der Selbstverwaltung giebt, die kraft gesetzlichen Zwanges ihr Amt führen, und die nichtsdestoweniger Staatsdiener im technischen Sinne sind. Die Freiwilligkeit des Eintritts ist deshalb kein wesentliches Merkmal für den allgemeinen Begriff des Staatsdienstes. Wohl aber ist bei den berufsmäßigen Beamten der Eintritt in den Staatsdienst ein freiwilliger, da für sie kein gesetzlicher Zwang zum Eintritt besteht. Diese sollen daher — darin hat Rehm recht — nicht wider ihren Willen angestellt werden. Es liegt hier also eine Schranke vor, und diese soll die Verwaltung nicht überschreiten, sie soll die Anstellung ohne Zustimmung des Kandidaten nicht vornehmen. Aber wir halten die Kon-

---

[1]) Vgl. auch Hänel „Studien zum deutschen Staatsrechte“ 1873. S. 33.

sequenzen, die Rehm hieraus zieht, auch für diese Kategorie von Beamten für falsch, wenn er sagt: „Komme jemand dem Verlangen des Staates, im öffentlichen Interesse etwas zu tun nach, ohne durch Rechtssatz dazu verpflichtet zu sein, so liege Willensübereinstimmung, mithin Vertrag vor." Hier kann man den Anhängern der Vertragstheorie das Wort Gönners entgegenhalten: „Es ist ein folgenschwerer Irrtum der Rechtslehrer, wenn sie glauben, das Einverständnis zweier Subjekte mache das ganze Wesen des Vertrages aus." Nicht die Willensübereinstimmung allein erzeugt den Vertrag, die Rechtsordnung muß noch hinzukommen, die sie mit Rechtswirkung bekleidet.

Nach römischem Rechte mußte zu dem: „duorum pluriumve in idem placitum consensus" noch eine causa civilis hinzutreten, damit der Vertrag klagbar wurde. Solche causae civiles waren: verba (stipulatio), litterae res (Realkontrakte) und in einzelnen ganz bestimmten Fällen nudus consensus (Konsensualkontrakte).

Für das deutsche Recht hat man freilich bis in die neueste Zeit angenommen, daß die formlose Vertragsabrebung bindend gewesen, daß also alle Verträge Konsensualverträge gewesen seien. Aber Sohm[1]) (Das Recht der Eheschließung) hat nachgewiesen, daß nach älterem deutschen Rechte ein Vertrag nur dann giltig war, wenn er entweder wenigstens schon von der einen Seite erfüllt war (Realverträge) oder wenn sein Abschluß in einer bestimmten Form erfolgte z. B. in der Form der wadiatio oder arrha.

---

[1]) Sohm, „Das Recht der Eheschließung" (1875), S. 24 f.

Nach modernem gemeinen Rechte war allerdings grundsätzlich jede Willensübereinstimmung formlos giltig und klagbar. Dieser Grundsatz beruht aber nicht, wie früher angenommen, auf dem älteren deutschen Rechte, sondern auf einem Gewohnheitsrechte, das sich nach der Rezeption infolge kanonistischer Anschauungen und der Unmöglichkeit, die stipulatio, durch die nach römischen Rechte jeder Vertrag klagbar gemacht werden konnte, in das deutsche Rechtsleben einzuführen. Also auch hier war die Willensübereinstimmung nur von Rechtswirkung, weil dieser gewohnheitsrechtliche Satz sie mit Rechtswirkung bekleidete.

Im bürgerlichen Gesetzbuche ist dieser Gewohnheitsrechtssatz ersetzt durch die §§ 145 ff über Antrag und Annahme.

Also eine Willensübereinstimmung allein macht noch keinen Vertrag aus, vielmehr muß sie die Rechtsordnung erst mit Rechtswirksamkeit bekleiden.

Dieser Satz muß aber auf dem Gebiete des öffentlichen Rechtes ebenso anerkannt werden wie auf dem des Privatrechts.[1])

---

[1]) Übrigens erkennt Rehm, (Annalen 1885. S. 114), diesen Satz auch an, wenn er sagt: „Die Disziplin des Staatsrechts hat (ebenso wie die des Privatrechts) zwei Begründungsarten für Rechtsverhältnisse als die allgemeinsten anerkannt, das Gesetz, welches objektiv vom Willen der Beteiligten unabhängige Tatbestände mit rechtlicher Kraft ausstattet, und den Willen der Parteien, welcher kraft Gesetzes bestimmte von ihm beabsichtigte Rechtswirkungen haben kann" Rehm sagt aber nicht, wo der Staatsrechtsatz steht, der dem Willen des Kandidaten einen rechtlichen Anteil an der Erzeugung der Anstellung gewährt. Dort, wo er die Konsequenzen seiner richtigen Behauptung ziehen sollte (S. 186) erklärt er einfach: „Die tatsächlich vorhandene Willens-

Auf dem Boden des öffentlichen Rechtes giebt es aber keinen Rechtssatz, welcher der Willenseinigung Rechtswirksamkeit beilegt. Ein Gewohnheitsrecht wird nicht geltend gemacht, es ist dies auch auf dem Gebiete des modernen Staatsrechts, besonders des Reichsstaatsrechts selten und wäre auch sehr schwer nachzuweisen, das Reichsbeamtengesetz gewährt aber hierfür keinerlei Anhalt, und die entsprechenden Sätze des Zivilrechts dürfen hier, wo es sich um öffentliches Recht handelt, keineswegs analog angewendet werden.

Rehm's Schlußfolgerung ist daher durchaus ungerechtfertigt. Die Einwilligung des Kandidaten ist zwar notwendig, damit die Anstellung vorgenommen werden kann, aber sie hat keinen rechtlichen Anteil an derselben, sie ist nur Schranke, nur Voraussetzung für die Anstellungsbehörde, damit sie die Anstellung vornehmen kann. Ist diese Voraussetzung gegeben, dadurch daß sich der Kandidat freiwillig unterwirft, so lebt die volle Staatsgewalt auf,

---

übereinstimmung muß hier von rechtswirkender Kraft sein, weil die Behörde einseitig die Anstellung nicht vornehmen kann, da ihre Willenserklärung nicht durch Rechtssatz mit der Kraft dazu ausgestattet sei."

Wenn aber schon die Behörde einen besonderen Rechtssatz brauchte, um einseitig die Anstellung vornehmen zu können, so dürfte doch wohl der Kandidat umsomehr einen besonderen Rechtssatz brauchen, der seiner Zustimmung einen rechtlichen Anteil an der Erzeugung der Anstellung gewährte. Wir haben jedoch gezeigt, daß die Verwaltung auf dem Gebiete des öffentlichen Rechtes einen solchen Rechtssatz nicht brauche für ihre einseitige Willenserklärung, wohl aber müßte man für einen Vertrag, wenn er auf dem Gebiete des öffentlichen Rechtes zwischen Staat und Untertan überhaupt möglich wäre (vergl. die späteren Ausführungen im Texte) an einem solchen Erfordernis festhalten.

und die Behörde ist befugt, mit einseitig bindender Kraft die Anstellung vorzunehmen.

Ein Beispiel dafür, daß die Zustimmung eines Kontrahenten für die Begründung eines Rechtes ohne Bedeutung sein kann, bildet für die Anhänger der Kreationstheorie, der sich auch das Bürgerliche Gesetzbuch angeschlossen hat, die Inhaberschuldverschreibung. Auch hier kann dem Nehmer eines sochen Wertpapiers nicht ohne seinen Willen das Recht aus dem Papiere aufgezwungen werden, sein Wille darf dem Erwerbe nicht entgegenstehen. Dennoch hat der Wille des Nehmers keinen Anteil an der Erzeugung des in dem Papiere verbrieften Rechtes. Der Schöpfer des Rechtes ist allein der Wille des Ausstellers, seine Verbindlichkeit wird durch einseitigen Verpflichtungsakt, nämlich durch die einseitige Ausstellung der Urkunde, das einseitige schriftliche Versprechen geschaffen.

Gegen die Argumentation, daß die Zustimmung des Kandidaten keinen rechtlichen Anteil an der Anstellung habe, darf Laband[1]) nicht einwenden, daß die Anstellung der Staatsbeamten und die der sog. Privatbeamten gleichartig und bei den letzteren doch nur ein Vertrag möglich sei. Dies ist keineswegs der Fall; bei der Anstellung der ersteren steht der Staat diesen in seiner autoritativen Eigenschaft gegenüber, und mit der Anstellung werden ihnen Hoheitsrechte des Staates übertragen, während beim Engagement von sog. Privatbeamten doch nur Private einander gegenüberstehen und von einer Übertragung von Hoheitsrechten keine Rede sein kann.[2])

---

[1]) Laband, a. a. O., S. 421. Anm. 3.

[2]) Vgl. auch Zorn, a. a. O., S. 294 und G. Meyer, Staatsrecht, S. 454.

Zum Wesen des Vertrages gehört ferner Koordination der Kontrahenten. Dies erkennt auch Rehm an, aber er meint, der Untertan sei nur dem Staate als Gesetzgeber Objekt der Herrschaft, dagegen stehe er der Verwaltung unabhängig und gleichberechtigt gegenüber.

Wir könnten wieder alle jene Staatrechtslehrer, welche bekundeten, daß der Staatswille auf dem gesamten Gebiete des öffentlichen Rechtes einseitig bindend sei, auch hier als Gegenzeugen anrufen, in allen Fällen wurde auch betont, daß Verwaltung und Untertan nicht gleichberechtigte Subjekte, nicht pares seien, sondern daß das Recht der Verwaltung ein höheres sei, daß sie „vi potestatis" über die einzelnen handele. Besonders scharf hebt dies auch Haenel[1]) hervor, indem er sagt:

„Der Staat steht als solcher, abgesehen von seiner privatrechtlichen Seite als Fiskus niemals als ein Gleichberechtigter Gleichberechtigten gegenüber. Er ist als das umfassendste Herrschaftsverhältnis berufen, einseitig durch seinen Willen die dem Bereiche seiner Herrschaft anheimfallenden Verhältnisse zu ordnen und zu bestimmen", oder Schulze:[2])

„Auf dem Gebiete des öffentlichen Rechtes können Staat und Privatmann nicht als gleichberechtigte Kontrahenten betrachtet werden".

Also auf dem gesamten Gebiete des öffentlichen Rechtes ist Koordination des Staates mit dem Untertan nicht vorhanden, und deshalb auch ein Vertrag nicht möglich. Freilich wird es oft im einzelnen Falle

---

[1]) A. Hänel, „Studien zum Deutschen Staatsrechte" (1873) S. 33.

[2]) Schulze, Staatsrecht (1881), I, S. 321.

nicht leicht sein zu entscheiden, ob der Staat auf öffentlichrechtlichem Gebiete d. h. in seiner autoritativen Eigenschaft oder auf privatrechtlichem, in seiner Eigenschaft als Fiskus, dem Untertan gegenübersteht, weil diese Frage sich nach der Abgrenzung des öffentlichen Rechtes vom Privatrechte richtet und hierüber viel Streit herrscht. Hat man sich aber einmal dafür entschieden, daß ein Rechtsakt nach öffentlichrechtlichen Gesichtspunkten zu beurteilen sei, wie auch Laband und Rehm hinsichtlich der Anstellung, so darf man unseres Erachtens keine Abstufungen mehr machen, dann liegt Ungleichheit der Kontrahenten unbedingt vor, gleichgiltig ob der Staat als Gesetzgeber oder als Regierung dem Untertan gegenübertritt, und es kann kein Vertrag zustandekommen.

Hiermit soll jedoch nicht gesagt sein, daß es auf dem Gebiete des öffentlichen Rechtes überhaupt nicht Verträge gebe, „der Vertrag ist kein privatrechtlicher, sondern ein allgemeiner Begriff“, darin stimmen wir Rehm bei, der Staat kann auch auf dem Gebiete des öffentlichen Rechtes Verträge abschließen, dafür sind die völkerrechtlichen Verträge ein Beispiel, wo Staat und Staat als koordinierte Kontrahenten einander gegenüberstehen.[1])

Ferner behaupte ich auch nicht, daß der Staat mit dem Untertan überhaupt nicht Verträge abschließen kann, und Laband[2]) darf uns deswegen nicht entgegen halten, daß derjenige, welcher einen Brief der Post zur Beförderung übergebe, doch sicherlich einen Ver-

[1]) Laband, a. a. O., S. 420.

[2]) Der Rechtssatz, der hier der Willenseinigung rechtliche Kraft verleiht, liegt in einem völkerrechtlichen Gewohnheitsrechte.

trag mit dem Staate abschließe.[1]) Wenn der Staat als Fiskus, z. B. als gewerblicher Unternehmer auftritt, so ist es ohne Zweifel, daß er mit den Untertanen Verträge aller Art, die nach den Normen des Zivilrechts zu beurteilen sind, abschließen kann. Wir bestreiten nur die rechtliche Möglichkeit für den Staat, auf dem Gebiete des öffentlichen Rechtes mit dem Untertanen Verträge eingehen zu können, weil hier Koordination der Kontrahenten nicht vorhanden ist, was aber zum Wesen des Vertrages gehört.[2])

Um die Vertragstheorie zu stützen wird häufig als klassisches Beispiel die Naturalisation angeführt. Hier, sagt man, trete der Staat einem Ausländer gegenüber, der nicht seiner Staatsgewalt unterworfen, also seien in diesem Falle die Kontrahenten doch sicherlich koordiniert und die Verleihung der Staatsangehörigkeit, die nur unter Zustimmung des Ausländers vollzogen werden könne, sei zweifellos ein Vertrag, das sog. pactum receptionis.[3])

Gegen diese Auffassung des Verhältnisses des Staates zu dem aufzunehmenden Fremden wendet Otto Mayer[4]) unseres Erachtens mit Recht ein, daß die Herrschaft des Staates sich nicht bloß dem Untertanen gegenüber geltend mache, sondern gegenüber jedem, „den sein Arm tatsächlich erreiche". Der Staat tritt auch bei der Naturalisation

---

[1]) Laband legt allerdings bei Anführung dieses Beispiels das Hauptgewicht darauf, daß es unerheblich sei, welcher Spielraum der Willenseinigung bei der Feststellung des Inhalts des Vertrages gegeben, aber wir glauben, auch in diesem Zusammenhange sein Beispiel heranziehen zu dürfen.

[2]) Vgl. auch Haenel, a. a. O., S. 32.

[3]) Vgl. Laband, a. a. O., S. 421. Rehm, Annalen 1885, S. 118 und 121.

[4]) Otto Mayer, a. a. O., S. 47.

dem Fremden als Obrigkeit entgegen und ist nicht ein diesem gleichgeordnetes Rechtssubjekt. Die Zustimmung des Ausländers, die regelmäßig in der Form eines Gesuchs zum Ausdruck kommen wird, ist ebenso wie die Einwilligung des Kandidaten bei der Anstellung nur gesetzliche Voraussetzung für die Behörde, der die Naturalisationsgewalt delegiert ist. Diese soll die Naturalisation nur vornehmen, wenn die Zustimmung des Ausländers vorliegt, aber sie würde nicht nichtig sein, wenn diese Voraussetzung nicht gegeben wäre.

Dies erkennt auch Seydel[1]) an, obwohl er in der Anstellung einen Vertrag sieht, indem er sagt:

„Wird die Naturalisationsurkunde trotz des Mangels einer gesetzlichen Vorbedingung erteilt, so ist dieselbe nicht nichtig, da das Gesetz eine solche Folge nicht ausspricht, wie es auch kein Verfahren auf Unwirksamkeitserklärung gibt".

Ebenso behauptet G. Meyer, „daß eine Nichbeachtung der reichsgesetzlichen Vorschriften die Naturalisation nicht ungiltig mache, es gebe keine Rechtsmittel, dieselbe anzufechten".

Dies müßte aber der Fall sein, wenn der Naturalisationsakt ein Vertrag sein sollte.

Ferner führt man zum Beweise der Vertragstheorie sehr gern die Vasallität ins Feld.[2])

Auch diese beruhe auf Vertrag, aber dieser Vertrag erzeuge kein obligatorisches Vertragsverhältnis, sondern ein

---

[1]) M. Seydel, „Die deutsche Reichs- und Staatsangehörigkeit" in den Annalen des Deutschen Reiches. 1876. S. 142.

[2]) Laband, a. a. O., S. 405.

Verhältnis der Über- und Unterordnung, wie das zwischen dem Monarchen und Staatsdiener, nur daß letzteres öffentlichrechtlicher Natur sei.

Es ist richtig, daß bei der Belehnung meistens vertragsmäßige Verhandlungen vorkommen, der sog. contractus feudalis, aber durch diesen wird das Lehnsverhältnis nicht begründet, er geht vielmehr der Begründung voraus, und die Vasallität bildet nicht den Inhalt des Vertrages. Die Investitur, die eigentliche Belehnung, ist vielmehr ein einseitiger Akt des Lehnsherrn, und wir stimmen Schulze[1]) durchaus bei, wenn er sagt: „Gerade die Analogie des Lehnsverhältnisses hätte Laband auf den richtigen Sachverhalt hinweisen können. Der Lehnsvertrag, contractus feudalis, hat nur einen präparatorischen Charakter als causa praecedens, das Lehnsverhältnis selbst wird erst durch die vom Herrn ausgehende Investitur begründet".

Gegen die Annahme eines Vertrages spricht außerdem das Wesen des Gewaltverhältnisses, das eine Unterordnug des Willens des Staatsdieners unter den des Staates bedingt und letzterem das Recht gewährt, Befehle zu erteilen. Man kann dies Befehlsrecht nicht gut aus einem Vertrage herleiten. Dies fühlen auch Laband und Rehm, aber man hilft sich damit, daß man erklärt, „das Staatsdienstverhältnis entstehe zwar durch Vertrag, aber mit der Begründung sei die rechtliche Kraft des Vertragswillens erschöpft, weiterhin sei allein der Wille des Berechtigten der rechtliche Grund, welcher das Bestehen des Verhältnisses bestimme".

---

[1]) Schulze, Staatsrecht (1881) I, S. 321. Anm. 1.

Nachdem also der Vertrag begründet, soll die Regierung alles weitere einseitig bestimmen, Verwendung zu einem bestimmten Amte, Höhe des Gehalts, über Versetzung u. s. w.

Wenn man jedoch den Vertrag nur zur Begründung des Gewaltverhältnisses dienen läßt, ihm im übrigen aber jede Wirkung abspricht, dann bleibt recht wenig vom Vertrage übrig. Rehm läßt ihn entsprechend seiner Auffassung von der gemischten Natur des Staatsdienstverhältnisses wenigstens für etwaige Vermögensansprüche maßgebend sein, soweit diese nicht gesetzlich festgesetzt sind. Laband dagegen spricht ihm in der richtigen Erkenntnis, daß das Staatsdienstverhältnis rein öffentlichrechtlicher Natur ist, auch diese Wirkung ab und läßt auch etwaige vermögensrechtliche Ansprüche aus dem nach ihm durch Vertrag begründeten öffentlichrechtlichen Gewaltverhältnis entspringen.[1])

Dazu kommt, daß bei der Begründung des Staatsdienstes kein Raum ist für freie Disposition der Parteien, alle Bestimmungen über Rechte und Pflichten der Beamten sind der Parteiwillkür entzogen, alles ist gesetzlich festgelegt, es bleibt also, wie gesagt, recht wenig vom Vertrage, „er ist nur das „ja" zu einem gesetzlich normierten Gewaltverhältnis, wie sich Otto Mayer ausdrückt, und er läßt uns jedesmal im Stiche, wo wir ihn am notwendigsten brauchen, um Rechtswirkungen zu erklären".

Ebensowenig wie mit der Natur des Gewaltverhältnisses ist der Vertrag mit der Übertragung eines Amtes vereinbar, die wir in den einleitenden Erörterungen ebenfalls für den Staatsdienst als wesentlich bezeichnet haben.

---

[1]) Laband, a. a. O., S. 482.

Mit dem Amte wird dem Staatsdiener ein Ausschnitt der Staatsgewalt, „ein Stück imperium“ übertragen, und man kann durch einen Vertrag unmöglich dem Staatsdiener ein Recht auf ein Amt einräumen. Dem verschließen sich auch Rehm und Laband nicht, und man dürfte vielleicht in der Annahme nicht fehlgehen, daß wohl hauptsächlich aus diesem Grunde beide ein so großes Gewicht auf die begriffliche Scheidung von Staatsdienst und Amtsführung legen. Sie lassen daher den Staatsdienst durch Vertrag entstehen, aber dem Beamten soll nicht ein Recht auf ein Amt gewährt, sondern nur die Pflicht zur Amtsführung auferlegt werden, es ist also ein ganz merkwürdiger Vertrag.

Mit diesen Ausführungen hoffen wir den Beweis erbracht zuhaben, daß die Vertragstheorie wenig begründet und daß es daher wohl berechtigt sei, an der Theorie festzuhalten, welche in der Anstellung einen einseitigen Staatsakt erblickt. Dieser Akt ist wie das Staatsdienstverhältnis überhaupt rein öffentlichrechtlicher Natur, auf ihn sind alle Wirkungen, die sich aus dem Beamtenverhältnis ergeben, zurückzuführen, auch der Anspruch auf Besoldung, der regelmäßig mit ihm verbunden ist, und den Laband so treffend als Alimentationsanspruch,[1]) als Anspruch auf standesgemäßen Lebensunterhalt bezeichnet. Er hat aber nicht seinen Rechtsgrund in dem durch die Anstellung begründeten Gewaltverhältnis, wie Laband [2]) meint. Denn der Staat hat keine allgemeine Alimentationspflicht gegen seine Beamten, vielmehr wird gleichzeitig mit der Ernennung des Beamten zu einem Amte auch dessen Ge-

---

1) Laband, a. a. O., S. 469.
2) Laband, a. a. O., S. 482.

haltsanspruch durch einseitige Verfügung des Staates festgesetzt, und diese bildet so einen Teil des Anstellungsaktes. Wäre dies nicht geschehen, so würde ohne weiteres ein Alimentationsanspruch des Beamten nicht gegeben sein.

Schwierigkeiten allein dürfte auch bei dieser Theorie die Erklärung des freien Austrittsrechtes des Beamten bereiten. Dies wird allgemein angenommen, trotzdem es im Reichsbeamtengesetze und auch in anderen Beamtengesetzen nicht erwähnt ist. Man nimmt gewöhnlich ein Gewohnheitsrecht [1]) an oder man sucht es auf eine stillschweigende Klausel des Anstellungsaktes zurückzuführen.[2]) Beides möchten wir nicht akzeptieren, das erstere deshalb nicht, weil es schwer nachzuweisen wäre, und das letztere weisen wir aus dem Grunde zurück, weil wir die Zulässigkeit derartiger Klauseln nicht anerkennen können (nähere Begründung gegen Ende dieser Arbeit). Wir sind vielmehr mit Laband [3]) der Ansicht, daß man es aus der Natur des Gewaltverhältnisses erklären müsse. Dieses verlangt, daß der Beamte nicht nur bestimmte Dienste, sondern seine ganze Persönlichkeit dem Staate widme. Hätte nun der Beamte nicht das freie Austrittsrecht, dann hätte er gewissermaßen seine ganze Freiheit an den Staat verkauft, er wäre zum Sklaven geworden, und dies kann der Staat nicht verlangen, „die Freiheit des Individuums ist extra commercium“.[4])

Man braucht also auch hierbei nicht etwa einen Vertrag mit einseitiger Aufkündigungsbefugnis anzunehmen.

---

[1]) Vgl. z. B. G. Meyer, Staatsrecht (1899), S. 486.
[2]) Vgl. O. Mayer, a. a. O. S., 72.
[3]) Laband, a. a. O., S. 493.
Vgl. auch Rehm, Anm. 1885. S. 203.
[4]) Vgl. O. Mayer, a. a. O., S. 73.

Auffallend ist freilich die Erscheinung, daß sich die Praktiker der Vertragstheorie angeschlossen haben. Das Reichsgericht z. B. steht vollständig auf dem Boden der Laband-Rehm'schen Lehre.[1]) Den Grund hierfür wird man wohl mit Otto Mayer darin zu suchen haben, daß die Praktiker wegen ihrer beschränkten Zeit nicht alle die geistigen Kämpfe, welche die Theoretiker auf dem Gebiete des Verwaltungsrechts in neuester Zeit bewegten, haben mitmachen können. Diese Wissenschaft ist noch zu neu und ihre Entwickelung zu hastig, als daß ihre Grundsätze dem ganzen Juristenstande schon handlich und vertraut sein könnten. Es ist daher erklärlich, daß die Praktiker auf diesem Gebiete leicht geneigt sind, eine Theorie anzunehmen, die von bedeutenden Staatsrechtslehrern vertreten wird, wenn sie in ihren Konsequenzen zu praktischen Resultaten führt.

Nachdem wir hiermit die Prüfung der rechtlichen Natur der Anstellung nach allgemeinen theoretischen Gesichtspunkten beendigt und zu dem Resultate gekommen sind, daß die Vertragstheorie nicht zu halten sei, daß man vielmehr an der Theorie des einseitigen Staatsaktes festzuhalten habe, bleibt noch zu untersuchen, welche von beiden Theorieen im positiven Rechte mehr Berechtigung findet.

---

[1]) Vgl. Entsch. des Rg. in Zivilsachen, Bd. 37, S. 243.

Prüfung der rechtlichen Natur der Anstellung nach positivem Rechte.

Als positives Recht kommt hier nur das Reichsrecht und zwar das Gesetz betreffend die Reichsbeamten vom 31. März 1873 in Betracht, weil die Aufgabe nur die Natur des Eintritts in den Reichsstaatsdienst zur rechtlichen Beurteilung stellt.

Rehm beruft sich zum Beweise seiner Theorie zunächst auf § 32 des Reichsbeamtengesetzes. Dieser Paragraph lautet:

„Die Entlassung der auf Probe, auf Kündigung oder sonst auf Widerruf angestellten Beamten erfolgt durch diejenige Behörde, welche die Anstellung verfügt hat“.

Rehm[1]) gesteht selber: „Anscheinend bildet er ein Argument gegen die Behauptung, daß dem Staatsdienst ein einseitiger Staatsakt als Rechtsgrund diene, aber, fügt er hinzu, die Motive beweisen das Gegenteil“. Er führt dann verschiedene Stellen der Motive und anderer Gesetzesmaterialien an, welche sprechen von einem „vertragsmäßigen Rechte der Kündigung, von „Abschluß eines Dienstvertrages“, von „freier Vereinbarung“ u. s. w.

Diese Zitate aus den Materialien des Reichsbeamtengesetzes sind unseres Erachtens kein Beweis für die Vertragsnatur der Anstellung, sie beweisen nur die Tatsache,

---

[1]) „Rehm, Anm. 1885. S. 127.

daß man zur Zeit der Redaktion des Beamtengesetzes wie auch noch heute vielfach mit den Rechtsbegriffen des Staats- und Verwaltungsrechts wenig vertraut war und deshalb oft ungenaue Bezeichnungen gebrauchte, die man dem Zivilrecht entlehnte.[1]) Daß vor der Anstellung vertragsmäßige Verhandlungen vorkommen können, bestreiten auch wir nicht, aber diese sind kein Teil der Anstellung, sie haben nur einen „präparatorischen Charakter".

Außerdem können die Materialien niemals maßgebend sein für die Auslegung eines Gesetzes, gerade Rehm's obige Zitate scheinen uns ein eminenter Beweis dafür zu sein, daß man die Materialien nur mit höchster Vorsicht bei der Auslegung von Gesetzen benutzen darf. Denn der Wortlaut und Sinn des § 32 R. B. G. scheint uns in striktem Widerspruch zu Rehm's Schlußfolgerungen zu stehen. Die Fassung des Paragraphen: Die „Entlassung" der Beamten erfolgt durch diejenige Behörde, welche die Anstellung „verfügt" hat, ist unseres Erachtens ein klarer Beweis, daß dem Gesetze die Auffassung der Anstellung als eines einseitigen Staatsaktes zugrunde liegt.

Schwer wird es den Anhängern der Vertragstheorie das Zustandekommen, die Perfektion des Vertrages zu beweisen.

Die Anstellung ist an eine bestimmte Form gebunden das R. B. G. schreibt in § 4, Abs. 1 vor: „Jeder Reichsbeamte erhält bei seiner Anstellung eine Anstellungsurkunde". Diese Urkunde, Bestallung genannt, ist für die Anhänger der Vertragstheorie nur die Form der Willenserklärung des Staatsoberhauptes, den Vertrag eingehen zu wollen. Bindend soll diese werden, sobald die Bestallung den Kan-

[1]) Vgl. auch Otto Mayer, a. a. O., S. 59 u. Anm. 86.

didaten zur Kenntnis gelange.[1]) Diesem soll es nun freistehen, ob er sie annehmen oder zurückweisen wolle, nehme er sie an, so komme der Vertrag zustande, andernfalls sei die Bestallung ohne jede Bedeutung.

Etwaige vorhergehende Gesuche des Kandidaten um Anstellung, gleichgiltig, ob schriftlich oder mündlich, sollen keine rechtliche Bedeutung haben, weil die Willenserklärung des Staatsoberhauptes rechtlich erst existiere, wenn sie in der Form der Bestallung erscheine. Der Kandidat könne deshalb eine rechtswirksame Erklärung auch erst dann abgeben, wenn ihm die Bestallung zukomme.

Wir haben früher zugegeben, daß bei einer Kategorie von Beamten, nämlich den Berufsbeamten, ihre Zustimmung Voraussetzung für die Vornahme der Anstellung ist, weil einerseits nach den Verfassungsgesetzen und nach allgemeinen staatsrechtlichen Grundsätzen die Handlungsfreiheit des Individuums gewährleistet ist und es anderseits kein Gesetz gibt, welches sie zum Eintritt in den Staatsdienst zwingt. Aber es gibt auch keine gesetzliche Bestimmung, welche dartut, daß die Zustimmung erst nach der Zustellung der Bestallung erfolgen dürfe, daß also der Kandidat, wenn er einmal durch die Bewerbung um ein Amt die Zustimmung zu erkennen gegeben habe, noch in der Lage sei, die Bestallung zurückzuweisen, das Reichsbeamtengesetz enthält nichts darüber. Es würde auch wenig der Würde des Reichs und des Kaisers entsprechen, sich von einem Kandidaten, dem die Kaiserliche Bestallung zugegangen, gefallen lassen zu müssen, daß dieser einfach die Bestellung zurückschickte, wenn es ihm jetzt aus irgend einem Grunde nicht mehr beliebte, Beamter zu werden. Die Anstellungs-

---

[1]) Rehm, Anm. 1885. S. 141.

behörde muß in solchem Falle doch immer das Recht haben, dem Kandidaten zu bedeuten, daß er mit der Zustellung der Bestallung Beamter geworden und jetzt um Entlassung zu bitten habe.

Vor allem aber scheitert der Vertrag immer daran, wie früher bewiesen, daß das öffentliche Recht, insbesondere auch das Reichsbeamtengesetz keine Vorschrift enthält, daß die Willenseinigung zwischen Kaiser und Kandidaten rechtswirksam sein solle, es wird die Zustimmung des Kandidaten garnicht erwähnt, es wird vielmehr als selbstverständlich vorausgesetzt, daß die Anstellungsbehörde einseitig die Anstellung vornehmen kann.

Art. 18 der Reichsverfassung gibt zwar dem Kaiser die Vollmacht, die Reichsbeamten zu ernennen, aber er sagt nicht, daß diese nur auf Grund einer Willenseinigung zwischen Kaiser und Kandidaten erfolgen dürfe.[1]) Die Ausdrucksweise: „Der Kaiser ernennt die Reichsbeamten und verfügt deren Entlassung scheint uns gerade das Gegenteil zu beweisen, nämlich daß auch diesem Rechtssatze die Auffassung der Anstellung als einer einseitigen Verfügung zugrunde liege.

Man sieht also, daß es nach positivem Rechte durchaus unberechtigt ist, in der Bestallung nur eine Vertragsofferte, nur die Form für die Willenserklärung der Anstellungsbehörde allein zu erblicken, die Bestallung ist vielmehr die Form des ganzen Begründungsaktes, der sich allerdings als eine einseitige bindende Willensäußerung der Staatsgewalt darstellt.

---

[1]) Vgl. auch Otto Mayer, a. a. O., S. 49.

Nähere Bezeichnung des Anstellungsaktes.

Zum Schlusse bleibt nun noch die Frage zu beantworten, wie man die Anstellung, die wir bis jetzt nur ganz allgemein als einen einseitigen Akt der Staatsgewalt bezeichnet haben, näher zu kennzeichnen, zn welcher Kategorie von Willensäußerungen des Staates man sie zu rechnen hat.

Man hat die Anstellung vielfach lex specialis genannt. Es liegt aber nicht die Form eines Gesetzes vor, und als Gesetz im materiellen Sinne, als eine Rechtsverordnung kann man sie auch nicht bezeichnen, weil die Anstellung keine neuen Rechtssätze, sondern ein Rechtsverhältnis, nämlich das Staatsdienstverhältnis schafft, welches bereits durch Rechtssätze geordnet ist. Sie bringt also bestehende Rechtssätze nnr zur Anwendung, während es gerade Zweck eines Spezialgesetzes ist, durch besonderen Rechtssatz individuelle, konkrete Verhältnisse zu ordnen, welche von den durch ius commune geregelten Verhältnissen abweichen.

Otto Mayer schlägt vor, die Anstellung einen öffentlichrechtlichen Vertrag zu nennen, ähnlich dem contrat administratif des französischen Rechtes. Dieser Vertrag soll aber nichts gemein haben mit dem wahren Vertrag der Anhänger der Vertragstheorie. Mayer sieht ebenso wie wir in der Anstellung einen einseitigen Akt der Staatsgewalt und zwar einen Verwaltungsakt, aber weil die Vornahme dieses Aktes die Zustimmung des angehenden Beamten zur Voraussetzung hat, deshalb will er ihn einen Vertrag nennen und zum Unterschied von dem gewöhn-

lichen Vertrage und, um seine juristische Natur zum Ausdruck zu bringen, soll er den Zusatz „öffentlichrechtlich" erhalten.[1])

Wir möchten diese Bezeichnung nicht wählen, einmal aus formalen Gründen, weil die Anhänger der Vertragstheorie, soweit sie das Staatsdienstverhältnis als rein öffentlichrechtlicher Natur betrachten (z. B. Laband,[2]) ihren Vertrag genau so nennen, dann aber auch aus materiellen Gründen.

Wie früher dargelegt, beruht der Eintritt in den Staatsdienst nicht immer auf dem freien Willen des Beamten, seine Zustimmung ist nicht immer Voraussetzung für die Anstellung, vielmehr ist dies nur bei den Berufsbeamten der Fall, also würde auch nur für die Anstellung dieser Beamten die „Bezeichnung öffentlichrechtlicher Vertrag" passen, die Bezeichnung wäre also nicht eine allgemein zutreffende. Außerdem scheint Mayer manches in seinen Vertrag hineinzubringen und durch ihn erklären zu wollen, was unseres Erachtens mit der Natur des Gewaltverhältnisses zwischen Staat und Beamten und dem Staatsinteresse nicht vereinbar ist. Er[3]) sagt z. B.: „Der Ernannte kann keinen weitergehenden Pflichten unterworfen werden als solchen, welche noch in seiner Einwilligung begriffen sind; innerhalb dieses Umfangs bewegt sich auch das Versetzungsrecht. Dasselbe kann durch ausdrückliche Klauseln des Begründungsaktes beschränkt werden".

Wir glauben nicht, daß solche Klauseln zulässig seien. Die Regierung wird ja tatsächlich Wünsche des Beamten, von einer bestimmten Stelle nicht versetzt zu werden, berücksichtigen, wenn sie ihm dies bei der Anstellung zugesagt

---

[1]) Otto Mayer, a. a. O., S. 44.

[2]) Vgl. Laband, a. a. O., S. 414.

[3]) O. Mayer, a. a. O., S. 67.

hat, aber sie kann hieran niemals rechtlich gebunden sein, es muß ihr immer freistehen, den Beamten zu versetzen, wenn dies im Interesse des Staates und des Staatsdienstes erforderlich ist.[1])

Dagegen halten wir es am treffendsten, die Anstellung als Verwaltungsverfügung zu bezeichnen.

„Verwaltungsverfügungen sind besondere, die Untertanen verpflichtende Anordnungen der Verwaltungsorgane für konkrete Angelegenheiten".[2])

Man kann diese Verfügungen mit Georg Meyer[3]) einteilen in:

a) Befehle
b) Erlaubniserteilungen
c) Feststellungen von Tatsachen und Beurkundungen
d) Akte, welche die Begründung und Aufhebung von Rechten zum Gegenstande haben.

Zu den letzteren gehört auch die Anstellung, weil sie das Staatsdienstverhältnis und damit die aus diesem Verhältnisse entspringenden Rechte des Staates und des Dieners begründet.

Als entgiltiges Resultat unserer Untersuchungen haben wir demnach festzustellen, daß der Eintritt in den Reichsstaatsdienst bezw. die Übertragung eines Reichsamtes nicht als Vertrag, sondern als ein einseitiger Akt der Reichsgewalt, und zwar als eine Verwaltungsverfügung rechtlich zu charakterisieren ist.

---

[1]) Vgl. auch Schulze, (a. a. O., S. 321), der hervorhebt, daß an dem Inhalt und Wesen des Staatsdienstverhältnisses nichts geändert werden kann.

[2]) Vgl. G. Meyer, Verwaltungsrecht (1883), S. 27.

[3]) G. Meyer, Verwaltungsrecht, S. 27 und bes. Staatsrecht (1899). S. 582 und 83.